

FOLHA DE IDENTIFICAÇÃO

TÍTULO DO TRABALHO: Direitos fundamentais de Personalidade?

NOME DO AUTOR: Rodrigo Andrade de Almeida

ENDEREÇO: Rua Adhemar Pinheiro Lemos 396, Ed. Onix, ap. 1102, Imbuí, Salvador, Bahia. CEP: 41.720-350

TELEFONE: (71) 9195-2525

E-MAIL: jus.rodrigo@gmail.com

BREVE SÍNTESE CURRICULAR (extraída do Currículo Lattes do Autor):

Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado, em Salvador, Bahia (2007). Membro do Grupo de Pesquisas em Filosofia, Direito e Constituição (Salvador-BA). Professor de Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito do Centro Universitário Jorge Amado desde janeiro de 2008; Professor de Introdução à Filosofia e Filosofia do Direito da Faculdade Apoio/Unifass desde fevereiro de 2010; Professor de Teoria da Argumentação da Faculdade Maurício de Nassau em 2009.1. Advogado em Salvador, Bahia.

RESUMO

Desde as revoluções burguesas do século XVIII, diversos conceitos formais foram propostos para os direitos fundamentais, mas ainda não há consenso sobre a possibilidade de conceituá-los materialmente. Situação semelhante é observada no tocante aos direitos de personalidade, cuja fundamentalidade é reconhecida por uns e rechaçada por outros. Contudo, a presença do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal constitui forte argumento para os que consideram os direitos de personalidade como direitos fundamentais. Isso significa que os direitos de personalidade, considerados direitos fundamentais garantidos infraconstitucionalmente por meio de normas de direitos fundamentais atribuídas, devem receber a mesma tutela dispensada aos direitos fundamentais diretamente expressos pelo texto constitucional.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, normas de direitos fundamentais, direitos de personalidade, dignidade da pessoa humana, fundamentalidade dos direitos de personalidade

DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE?

Rodrigo Andrade de Almeida¹

Fa freddo nello scriptorium, il police mi duole. Lascio questa scrittura, non so per chi, non so più intorno a che cosa: *stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*.

(Umberto Eco, *Il nome della rosa*, 1980)

1. INTRODUÇÃO

O Direito Civil brasileiro, na esteira do que se observa na maior parte dos países ocidentais, parece entrar em um novo momento.² Nesse sentido, observa-se que seus principais institutos começam a ser revisitados, sob o influxo de um novo paradigma que, abandonando, pelo menos em parte, o estrito materialismo patrimonialista que marcou as codificações jusprivatistas do século XIX e início do século XX, volta os olhos para o caráter existencial do ser humano e a necessidade de sua proteção e tutela por todos os âmbitos do direito.³

Desenvolvem-se e ganham força, nesse contexto, os chamados *direitos de personalidade*, entendidos como “os direitos atinentes à tutela da pessoa humana,

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); professor de Teoria do Direito e Filosofia do Direito no Centro Universitário Jorge Amado (UNIJORGE/BA); advogado.

² DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no código civil*. In.: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 35-6. No mesmo sentido, CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os direitos da personalidade*. In.: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 31-2. Cf. também GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v.1. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 143.

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. in.: **Revista de Informação Legislativa**. a. 36. n. 141. Brasília: jan/mar. 1999. p. 103. No mesmo sentido, PINO, Giorgio. *Teorie e dottrine dei diritti della personalità: uno studio di meta-giurisprudenza analitica*. in.: CASTIGONE, Massimo (org.). **Materiali per una storia della cultura giuridica**. n. 1. jun. 2003. Genova: Mulino, 2003. p. 17. Afirma o autor italiano que “È certo comunque che, da quel torno d’anni in avanti [refere-se às duas décadas posteriores à Segunda Grande Guerra], diventa sempre più frequente l’affermazione che il diritto privato tutela [...] l’autonomia e l’integralità della persona umana non solo nella sfera del suo *avere*, ma anche in quella del suo *essere*, ovvero ‘oltre che come soggetto agente’ altresì come soggetto *esistente*’. L’inversione della gerarchia di valore tra *essere* e *avere* consolida l’emersione della categoria dei diritti della personalità come categoria distinta e autonomamente protetta, pertanto così ad affiancare, se non proprio a sostituire, al binomio libertà-proprietà, quello libertà-personalità”.

considerados essenciais à sua dignidade e integridade”⁴ e tidos por alguns autores como extensão, às relações interprivadas, dos direitos e garantias fundamentais que regem as relações entre o indivíduo e o Estado.⁵

A relativa novidade do instituto, expressamente insculpido na codificação civil brasileira de 2002, é acompanhada de intenso debate doutrinário e jurisprudencial. Nesses âmbitos, uma série de problemas é colocada, abarcando desde a própria existência, até a natureza e a forma mais adequada de tutela dos direitos de personalidade, dentre outras questões igualmente relevantes. Nesse campo, inúmeros doutrinadores de escol, tanto brasileiros quanto estrangeiros, desenvolveram e/ou vêm desenvolvendo importantes estudos, esposando as mais diferentes correntes, sempre com vistas a realizar o ideal de “tutela da pessoa humana.”⁶ Não obstante, a leitura dos principais textos dedicados ao tema revela o longo caminho que ainda se está por trilhar. Dentre os inúmeros aprofundamentos que precisam ser feitos sobre a matéria, chama a atenção o problema da fundamentalidade dos direitos de personalidade, questão que somente pode ser respondida à luz de cada ordenamento jurídico.⁷

O problema é relevante, e as consequências relevantes para a tutela dos direitos de personalidade. Considerá-los direitos fundamentais pode significar, dentre outras coisas, dotá-los de centralidade no sistema do direito civil, exigindo-se argumentação de peso para sua restrição.

⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 24.

⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 3 e *passim*. No mesmo sentido, e invocando em sua posição o apoio de Arturo Valencia Zea, Alex Weill, Jean Carbonnier e Orlando Gomes, MATTIA, Fabio de *apud* TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Op. cit., p. 33.

⁶ A expressão é empregada por TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, op. cit., p. 48 e *passim*; DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no código civil*, op. cit., p. 44, fala em “tutela integrada da pessoa humana”. Essa discussão, aliás, é em parte fruto da própria opção do legislador, que expressou essa finalidade na exposição de motivos apresentada ao Ministro da Justiça: “Todo um capítulo novo foi dedicado aos *Direitos da personalidade*, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Tratando-se matéria de per si complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência” (in.: BRASIL. **Novo código civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2.ed. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 37.).

⁷ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Limites ao poder do estado (ensaio de determinação do direito na perspectiva dos direitos fundamentais)*. in.: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 187.

Nesse sentido, importa delinear o conceito de direitos fundamentais, bem como o fundamento dos direitos de personalidade; deve-se identificar os argumentos geralmente apresentados que são contrários ao reconhecimento da fundamentalidade dos direitos de personalidade, e os que lhe são favoráveis, analisando as razões e o fundamento desses argumentos; por fim, cumpre delinear algumas possíveis implicações do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos de personalidade para sua tutela, e identificar novos objetos de estudo disso decorrentes.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE: ASPECTOS CONCEITUAIS

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: POR UM CONCEITO FORMAL E MATERIAL

2.1.1 As dificuldades de construção de um conceito de direitos fundamentais

Desde o advento da Declaração dos Direitos da Virgínia, aprovada em Williamsburg em 12 de junho de 1776, e da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada e aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte da França entre 26 de agosto e 2 de outubro de 1789, a controvérsia acerca do conceito de *direitos humanos*, bem como do seu fundamento, jamais deixaram de fazer parte do rol das infundáveis disputas teóricas que compõem a filosofia e a teoria do direito no Ocidente.⁸ Vários são os motivos para essa indefinição, desde razões ideológicas⁹ até particularidades linguísticas,¹⁰ sem deixar de mencionar razões metodológicas.¹¹ Exatamente por essa razão, muitos dos teóricos que se dedicam ao tema optam pela construção de um

⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 46-47.

⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 59.

¹⁰ SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Astrea, 1980. p. 11-16.

¹¹ SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1-104.

conceito descritivo de direitos humanos, a partir da investigação dos diversos contextos de significação ligados ao uso da expressão.¹²

As mesmas dificuldades são, desde há muito, enfrentadas por aqueles que pretendem perquirir o conceito de *direitos fundamentais*.¹³ As razões, aqui, são praticamente as mesmas, de tal forma que também nesta seara os autores evitam conceitos que digam algo sobre o *conteúdo* dos referidos direitos.¹⁴

No caso específico dos direitos fundamentais, o conceito acompanha o contexto constitucional, de forma que a história de sua positivação e ampliação nas Cartas Constitucionais repercute em sua definição.¹⁵ Nesse sentido, é possível deduzir, pelo menos, duas concepções de direitos fundamentais, de acordo com sua classificação.

¹² PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 7.ed. Madrid: Tecnos, 2001. p. 25-29.

¹³ A conexão entre os dois conceitos (direitos humanos e direitos fundamentais) é patente. Observa SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 35-36, que “[...] não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). [...] Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).”

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Op. Cit., p. 17, reputa às dificuldades conceituais o problema do fundamento dos direitos do homem: “[...] A maioria das definições são [sic] tautológicas: ‘Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem.’ Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: ‘Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.’ Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: ‘Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.’ E aqui surge uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização”.

¹⁵ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Op. cit., p. 114-130.

2.1.2 Classificação dos direitos fundamentais

Dentre os possíveis critérios de classificação dos direitos fundamentais, aquele que costuma ser utilizado com maior frequência pelos autores é o que se relaciona com a *geração* ou *dimensão* desses direitos.¹⁶ Desde o advento da modernidade, consolidada a partir das revoluções burguesas do século XVIII, uma série de direitos vêm sendo incorporados ao rol dos direitos fundamentais, representando as conquistas das classes sociais que protagonizam a luta por melhores condições de vida na sociedade. Nesse sentido, costumam os direitos fundamentais ser classificados em quatro dimensões: (1) os **direitos fundamentais de primeira dimensão**, resultantes do pensamento individualista liberal-burguês, são os direitos civis e políticos, de caráter negativo, classicamente conferidos ao indivíduo em face do Estado; (2) os **direitos fundamentais de segunda dimensão**, gerados em decorrência das lutas sociais contra as desigualdades e o posterior enfraquecimento do modelo liberal de Estado, fizeram emergir o Estado do Bem-Estar Social, que se fez intervencionista para assegurar os direitos sociais, econômicos e culturais que, por dependerem de políticas de implementação, precisaram ter sua eficácia assegurada; (3) os **direitos fundamentais de terceira dimensão**, por sua vez, são os chamados *direitos de solidariedade*, e têm por finalidade a preservação da própria existência dos grupos sociais e até mesmo da própria humanidade, em face da escalada da devastação ambiental e da violência ao redor do mundo; (4) os **direitos fundamentais de quarta dimensão**, por fim, dizem respeito aos direitos ligados à democracia direta, ao pluralismo, à informação e àqueles relacionados à biotecnologia. Estes últimos ainda carecem de amplo reconhecimento nos âmbitos nacional e internacional, mas representam a consolidação do Estado Social em escala global.¹⁷

¹⁶ Os autores divergem quanto à nomenclatura mais adequada. O termo *geração* remonta ao período histórico de conquista desses direitos, concebendo-se os direitos fundamentais desde uma perspectiva cronológica; alguns autores preferem o termo *dimensão*, por considerar que o uso do termo *geração* pode induzir à concepção de anacronismo dos direitos de uma “geração” diante dos direitos das “gerações” seguintes. Sob esta perspectiva, a recíproca complementaridade dos direitos fundamentais de todas as dimensões resta mais enfaticamente evidenciada, razão pela qual adota-se, no presente trabalho, esta nomenclatura. Nesse sentido, Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 578-582.

¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Op. cit., p. 582-593.

2.1.3 A teoria dos quatro status de Jellinek

A evidente diversidade do conteúdo dos direitos fundamentais, em suas diferentes dimensões, está diretamente ligada aos interesses que representam, o que conduz, muitas vezes, a verdadeiros conflitos normativos entre esses direitos.¹⁸ Analisando as diferentes relações constituídas entre o indivíduo e o Estado por meio dos direitos fundamentais, Georg Jellinek propôs sua *teoria dos status*, segundo a qual, pelo fato de ser membro do Estado, o indivíduo qualifica-se sob quatro aspectos: (1) pelo *status subjectionis* ou **passivo**, subordina-se o indivíduo aos poderes estatais, tendo perante estes deveres, e não direitos; (2) o *status negativus* ou *libertatis* reconhece no indivíduo uma esfera de liberdade imune à intervenção estatal, *status* claramente ligado à *função de defesa* dos direitos fundamentais, de matiz liberal; (3) o *status positivus* ou *civitatis* confere ao indivíduo a prerrogativa de exigir do Estado prestações positivas que satisfaçam a suas necessidades, identificando-se, nesse caso, verdadeira *função prestacional* dos direitos fundamentais; por fim, (4) o *status activus* assegura ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade política do Estado, consubstanciando a *função de não discriminação* dos direitos fundamentais, que obriga o Estado a tratar seus cidadãos em condições de estrita igualdade.¹⁹

2.1.4 Conceito formal e conceito material de direitos fundamentais

Uma vez delineadas as dificuldades conceituais relativas aos direitos fundamentais, sua classificação em diferentes dimensões e a classificação dos *status* do indivíduo em relação ao Estado em virtude desses direitos, cumpre apresentar um conceito de direitos fundamentais adequado aos propósitos do presente trabalho, de tal maneira que necessário se faz perquirir algumas características geralmente atribuídas a esses direitos.

Robert Alexy propõe um conceito geral e formal de direitos fundamentais, que sirva de ideia-guia para sua apreciação. Nesse sentido, “[...] direitos fundamentais são posições

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Op. cit., p. 21-22.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 269-275, após apresentar as críticas comumente dirigidas à classificação proposta por Jellinek, considera-a, ainda assim, útil, pois seu caráter analítico permite uma melhor compreensão da complexidade da estrutura dos direitos fundamentais. A teoria dos *status* de Jellinek, e sua relação com as funções atribuídas aos direitos fundamentais é também analisada por CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Op. cit., p. 541-549.

que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.²⁰ Esse conceito, embora cumpra o importante papel de delimitar o escalão hierárquico dos direitos fundamentais, explicitando sua fundamentalidade formal no ordenamento jurídico, nada diz acerca do *conteúdo* desses direitos, isto é, sua fundamentalidade material.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins sugerem um conceito mais amplo de direitos fundamentais que engloba, além de sua fundamentalidade formal, outros elementos, como os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais e a finalidade desses direitos. Assim, para os referidos autores,

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.²¹

Os autores rechaçam a fundamentalidade material dos direitos fundamentais como critério que permita identificá-los no ordenamento jurídico, pois,

[...] não pode ser considerado como fundamental um direito criado pelo legislador ordinário, mas passível de revogação na primeira mudança da maioria parlamentar, por mais relevante e ‘fundamental’ que seja seu conteúdo. Os direitos fundamentais são definidos com base em sua força formal, decorrente da maneira de sua positivação, deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos.²²

A fundamentalidade material dos direitos fundamentais, segundo essa concepção, é remetida para a apreciação das pretensões morais dos grupos sociais, consubstanciadas em reivindicações políticas.²³ Para o filósofo do direito espanhol Gregorio Peces-Barba Martínez, que também distingue as dimensões jurídico-positiva e moral dos direitos fundamentais, estes são:

1) Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 446.

²¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46-47.

²² Idem, p. 47.

²³ Idem, p. 51.

del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista. [...]

2) Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial, y, por supuesto que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos. [...]

3) En tercer lugar, los derechos fundamentales son una realidad social, es decir, actuante en la vida social, y por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad. Así el analfabetismo, dimensión cultural, condiciona la libertad de prensa; y los progresos de la técnica en un determinado momento de la cultura científica, por ejemplo con los progresos de las comunicaciones, condicionan la idea de la inviolabilidad de la correspondencia; o la escasez de bienes puede condicionar o impedir, tanto la existencia de una pretensión moral a la propiedad por el imposible contenido igualitario, cuanto la de una norma jurídica por la imposible garantía judicial.²⁴

Essa análise tridimensional dos direitos fundamentais representa uma tentativa de aproximação de um conceito que englobe, ao mesmo tempo, a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material dos direitos fundamentais. Debruçando-se sobre o assunto, e com base no art. 5º, §2º, da Constituição Federal brasileira vigente, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a Lei Fundamental brasileira consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos por via de ato interpretativo, com base nos direitos elencados pela própria Constituição, bem como em seu regime e princípios fundamentais. Nesse sentido, um conceito material de direitos fundamentais deve contemplar o princípio da dignidade da pessoa humana, entendido como *lex generalis* em relação aos demais direitos fundamentais.²⁵ A partir dessas considerações, pode-se afirmar que direitos fundamentais

[...] são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidos no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos

²⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Op. cit., p. 109-112.

²⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 90-149.

que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material)²⁶

Esse conceito, claramente construído por via da dogmática constitucional e tendo como base o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, tem a virtude possibilitar a ampliação do rol de direitos fundamentais a partir de sua fundamentalidade material, por meio da hermenêutica constitucional, dinamizando o reconhecimento de novos direitos e posições a serem protegidas e sua incorporação ao ordenamento jurídico-positivo, quer pela via legislativa, quer pela via jurisprudencial.

2.1.5 A distinção de Alexy entre direito fundamental, disposição de direito fundamental e norma de direito fundamental

Uma importante distinção a ser ressaltada é aquela feita entre *direitos* fundamentais e *normas* de direitos fundamentais. Nesse sentido, tem-se que

Os direitos se caracterizam, basicamente, por três elementos. Em primeiro lugar, o direito deve ser entendido como uma pretensão que um indivíduo tem contra alguém (pessoa ou grupo de pessoas). Em outras palavras, os direitos criam deveres e deveres que são suportados por pessoas. Em segundo lugar, os direitos e deveres são finitos, recíprocos e concomitantemente negativos. As pessoas são vinculadas umas às outras por vínculos mútuos e recíprocos de deveres. Em terceiro lugar, se o Estado cria serviços para a promoção e satisfação dessas pretensões e necessidades, o faz predominantemente na condição de garantidor desses direitos e não na condição de criados desses direitos [...].²⁷

Segundo a delimitação feita por Robert Alexy, “Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso. Ela não é verdadeira quando há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos.”²⁸ Assim, enquanto o direito seria a pretensão ou posição de um sujeito em relação a outro ou outros (indivíduos, grupos ou o Estado), a norma seria o enunciado normativo constitutivo (ou, no âmbito do pensamento jusnaturalista, declaratório) desse direito.

²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Op. cit., p. 540-541.

²⁷ APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: RT, 2008. p. 96.

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 51.

Alexy distingue, ainda, *disposições* de direitos fundamentais de *normas* de direitos fundamentais,²⁹ estas entendidas como a construção hermenêutica feita sobre aquelas. De fato,

Sabe-se que os textos jurídicos são compostos por disposições jurídicas. Uma disposição jurídica é uma unidade de um texto individualizado em artigos, parágrafos, incisos, alíneas etc. Cumpre à técnica legislativa estabelecer o [sic] como essas unidades devem ser compostas. [...] Uma norma jurídica (no sentido de prescrição) é uma estrutura de “dever” cuja finalidade de sua [sic] edição é a de regular os comportamentos humanos. Entre textos normativos e normas não há caráter biunívoco, pois certamente não existe relação necessária entre quantidade de textos e quantidade de normas. Essa é uma decorrência do fato de a norma ser uma estrutura de sentido, enquanto os textos legais podem ter sentido ou não.³⁰

A partir dessa distinção, Alexy identifica, no ordenamento jurídico alemão, as *disposições de direitos fundamentais* como aquelas contidas nas disposições dos arts. 1º a 19 da Constituição alemã, bem como as disposições garantidoras de direitos individuais dos arts. 20, §4º, 33, 38, 101, 103 e 104, todos da Constituição alemã. As *normas de direitos fundamentais* são, segundo o mesmo autor, as normas diretamente expressas por essas disposições.³¹

A distinção entre *disposição* e *norma* permite que Alexy identifique, além das normas de direitos fundamentais estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, *normas de direito fundamental atribuídas*, entendidas como “todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”.³² Entre as normas de direitos fundamentais estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direitos fundamentais atribuídas há, portanto, uma *relação de refinamento*, no sentido de as normas de direitos fundamentais atribuídas buscarem a diminuição do grau de indeterminação das normas de direitos fundamentais estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, e uma *relação de fundamentação* entre a norma a ser refinada e a norma que refina.³³ Guardadas as devidas proporções no que tange às importantes diferenças entre a previsão constitucional dos direitos fundamentais nos sistemas alemão e brasileiro, é por meio da noção de *normas de direitos fundamentais atribuídas*,

²⁹ Idem, p. 66-69.

³⁰ SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 504.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 68-69.

³² Idem, p. 76.

³³ Idem, p. 72.

associada à relativização da dicotomia entre direito público e direito privado, que se pode construir a ideia da fundamentalidade dos direitos de personalidade.³⁴

2.2 DIREITOS DE PERSONALIDADE: CONCEITO E FUNDAMENTO

Os direitos de personalidade, tidos como a expressão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana nas relações interprivadas, são considerados a base fundante de todo o ordenamento jusprivatista e a razão de ser do direito civil contemporâneo;³⁵ apontados como uma das maiores inovações na codificação civil de 2002,³⁶ suscitaram uma série de estudos dos mais representativos expoentes do direito civil, no sentido de compreender-lhes o significado, identificar suas características e dimensionar seus limites. Esse movimento, contudo, não se restringe ao cenário brasileiro.

Desde o final da Segunda Grande Guerra e o posterior processo de redemocratização das nações européias, a discussão acerca dos direitos de personalidade ocupa espaço privilegiado nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais no Velho Continente, bem como em boa parte dos países situados nas Américas. Os traumas que marcaram a sociedade ocidental do pós-guerra, diante das atrocidades perpetradas pelos regimes totalitários contra a humanidade, a par da idéia de defesa da dignidade da pessoa humana, colocaram a necessidade de efetiva tutela desses direitos como a principal finalidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.³⁷

É, destarte, de fundamental importância um estudo mais pormenorizado dos fundamentos teóricos, filosóficos e epistemológicos dos direitos de personalidade, à luz do hodierno ordenamento jurídico brasileiro.

³⁴ Cf. item 3.3, *infra*.

³⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 14-15. No mesmo sentido, SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: RT, 2005. p. 144.

³⁶ A despeito da previsão dos direitos da personalidade haver sido considerada uma das grandes inovações do atual Código Civil, há críticas à expressa enumeração desses direitos, sobretudo pela parcela da doutrina que defende a existência de uma cláusula geral de proteção da personalidade, Cf. DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no código civil*. In.: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**, op. cit., *passim*.

³⁷ Nesse sentido, BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, op. cit., p. 23, afirma: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” [grifos no original].

2.2.1 As dificuldades de construção do conceito de direitos de personalidade e o problema do seu fundamento

À semelhança do observado no tocante aos direitos humanos e aos direitos fundamentais,³⁸ a construção de um conceito de direitos de personalidade suscita dificuldades. Assim observou Orlando Gomes:

Perduram, não obstante, as hesitações da doutrina quanto ao seu [dos direitos de personalidade] conceito, natureza, conteúdo e extensão. Acirram-se debates na determinação dos seus caracteres, contribuindo a polêmica para as incertezas que se estamparam no perfil da nova categoria jurídica. Não é pacífica sequer sua identificação. [...] A diversidade de conceitos atesta a dificuldade de formulação, gravada pela circunstância de ser heterogênea a categoria dos direitos da personalidade e controvertida sua fundamentação.³⁹

No mesmo sentido, para Carlos Alberto Bittar,

[...] o universo desses direitos [os direitos de personalidade] está eivado de dificuldades, que decorrem, principalmente: a) das divergências entre os doutrinadores com respeito à sua própria existência, à sua natureza, à sua extensão e à sua especificação; b) do caráter relativamente novo de sua construção teórica; c) da ausência de uma conceituação global definitiva; d) de seu enfoque, sob ângulos diferentes, pelo direito positivo (público, de um lado, como liberdades públicas; privado, de outro, como direitos da personalidade), que lhe imprime feições e disciplinações distintas.⁴⁰

De fato, como observam os autores, a dificuldade reside, em parte, na relativa novidade do instituto, comparativamente aos demais institutos clássicos do direito civil.⁴¹ Essa novidade é, contudo, relativa: há relatos de que a personalidade já era tutelada nas antigas Grécia e Roma.⁴² A novidade consiste, portanto, na forma de conceber a

³⁸ Cf. item 2.1.1 *supra*.

³⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 150.

⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**, op. cit., p. 1-2. Semelhante é a posição de SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, op. cit., p. 19, para quem “A grande dificuldade que se tem encontrado para a fixação dos limites dos efeitos do direito de personalidade, em relação a outros direitos legitimamente tuteláveis com respeito a ambas as categorias jurídicas, dá-se, principalmente, pelo fato de o direito de personalidade ser um direito ainda bastante novo, carecendo de um modo unanimemente considerado.”

⁴¹ Assim também MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*. in.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 71.

⁴² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, op. cit., p. 23 e ss.

personalidade sob o paradigma moderno, ora como direitos sobre a própria pessoa (*ius in se ipsum*), ora como direitos subjetivos.⁴³ As dificuldades conceituais, contudo, não dizem respeito apenas à novidade da discussão.

No que tange à conceituação dos direitos de personalidade, estão presentes as mesmas dificuldades observadas em relação aos conceitos de *dereitos humanos* e *dereitos fundamentais*: aqui há também ambiguidade, vagueza e carga emotiva favorável,⁴⁴ características presentes em ambos os vocábulos que compõem a expressão: “direitos” e “personalidade”.

O vocábulo “personalidade” costuma ser compreendido diferentemente, segundo se adote uma concepção psicológica ou jurídica.⁴⁵⁻⁴⁶ Em seu tratamento jurídico, a personalidade assumiu significados diversos em cada momento histórico.

Assim,

⁴³ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Considerações sobre a tutela dos direitos da personalidade no código civil de 2002*. in.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**, op. cit., p. 101-105. No mesmo sentido, SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, op. cit., p. 71 e ss.

⁴⁴ Cf. SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Astrea, 1980. p. 14-16. Analisando o significado da palavra *dereito*, afirmava o jusfilósofo argentino que “La palabra ‘derecho’ es *ambigua*, y para colmo tiene la peor especie de ambigüedad, que es, no la mera sinonimia accidental (como la de ‘banco’), sino la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí. [...] También resulta que la expresión ‘derecho’ es *vaga*. No es posible enunciar, teniendo en cuenta el uso ordinario, propiedades que deben estar presentes en todos los casos en que la palabra se usa. [...] El último inconveniente que presenta ‘derecho’ en el lenguaje corriente es su *carga emotiva*. [...] ‘Derecho’ es una palabra con significado emotivo favorable. Nombrar con esta palabra un orden social implica condecorarlo con un rótulo honorífico y reunir alrededor de él las actitudes de adhesión de la gente. Cuando una palabra tiene carga emotiva, ésta perjudica su significado cognoscitivo. Porque la gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con él o dejar de fuera de su denotación los fenómenos que aprecia o rechaza, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable. Esto provoca una gran imprecisión en el campo de referencia de la expresión, y en el caso de ‘derecho’ explica muchas de las diferencias entre las definiciones que sustentan los juristas”. As mesmas características são apontadas por SGARBI, Adrian. **Teoria do direito: primeiras lições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1-2: “Quando uma mesma palavra ou expressão é utilizada para indicar dois objetos ou fenômenos distintos, diz-se haver ambiguidade. Daí que toda vez que se afirma que uma palavra é ambígua isso significa que pode ser entendida de muitas maneiras na linguagem comum ou ordinária. Por sua vez, diz-se que a palavra é vaga ou apresenta vagueza quando falta precisão no seu significado, com o que há dificuldade de delimitação entre o que está incluído e o que está excluído do mesmo. [...] De mais a mais, há palavras que são utilizadas basicamente para expressar estados de ânimo, como dor, melancolia, felicidade etc. [...] A isso se atribui o nome de significado emotivo.”

⁴⁵ Cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**, op. cit., p. 8.

⁴⁶ Em sentido psicológico, segundo CARVER, Charles S.; SCHEIER, Michael F. **Perspectives on personality**. Boston: Allyn and Bacon, 2000. p. 5.: “Personality is a dynamic organization, inside the person, of psychophysical systems that create the person's characteristic patterns of behavior, thoughts and feelings.”

Na doutrina do civilista tradicional, portanto, personalidade é “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações”.

A definição de personalidade jurídica enquanto aptidão para adquirir direitos e deveres está presente, de forma quase unânime, na doutrina brasileira e na estrangeira.

[...] o homem, ao ser dotado de personalidade jurídica, não era considerado como ser humano dotado de dignidade, mas apenas como parte numa relação, um dos pólos num vínculo tecnicamente previsto que ligava um lado a outro, atribuindo a esses pólos direitos e deveres técnicos (jurídicos). Dessa forma, as pessoas, juntamente com os fatos e os objetos, eram nada mais que a matéria-prima das relações jurídicas. E, na condição de matéria-prima, eram, por consequência, valoradas como meio.⁴⁷

A partir da redemocratização da Europa, depois da Segunda Grande Guerra, e da América do Sul, nas últimas décadas do século XX, com a constitucionalização do direito civil e o reconhecimento da fundamentalidade da tutela da dignidade da pessoa humana, a situação mudou, e com ela o conceito de *personalidade*.

Desde então, não são apenas os bens externos à subjetividade humana, necessários em maior ou medida [sic] para assegurar o êxito de determinadas finalidades do homem unificado pela ideologia burguesa, que são objeto de normatização jurídica. Os elementos intrínsecos à pessoa como tal, em toda a sua complexidade natural e histórica, racional e emocional, irrompem como fundamentais para garantir a felicidade humana, e essa fundamentalidade não pôde mais ser ignorada pelo sistema jurídico. A honra, a reputação, a imagem, o nome e os atributos humanos que determinam a positividade ou negatividade das relações da pessoa com outros indivíduos e a comunidade em geral; a afetividade, a sexualidade, a integridade física e psíquica, todos os fatores fisiológicos, psicológicos e emocionais que são decisivos para o bem-estar humano compõem, da mesma forma, um conjunto de elementos que, dada a sua fundamentalidade para a felicidade do homem, exigem a atenção incisiva do direito. E embora ainda inexplorada pela doutrina – conquanto sempre reconhecida pelo Direito moderno, também a religiosidade é atributo fundamental da natureza do homem.

Pois todos esses elementos intrínsecos à “humanidade essencial” da pessoa, que concernem a sua personalidade, ou seja, à dimensão existencial da subjetividade humana, compreendem hoje os *direitos de personalidade*.⁴⁸

⁴⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**, op. cit., p. 8-10.

⁴⁸ MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*. in.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**, op. cit., p. 73-74.

Hodiernamente, portanto, parece não haver dissenso: a noção de “personalidade” e de “direitos de personalidade” estão intimamente conectadas ao princípio da dignidade da pessoa humana,⁴⁹ redundando, mais uma vez, em vagueza, ambiguidade e significado emotivo favorável.

Já o problema da definição da palavra “direito” traz como consequência a discussão acerca do seu fundamento, que é antiga, e remonta à também antiga controvérsia da adesão à corrente jusnaturalista ou juspositivista, e todos os problemas teóricos e filosóficos que disso podem resultar.⁵⁰ No caso específico do jusnaturalismo, os riscos de uma formulação teórica dos direitos de personalidade que desconsidere as consequências da adesão à doutrina do direito natural são, portanto, desde há longa data conhecidos. De fato, analisando o que chama de *reducionismo jusnaturalista*, no contexto da investigação do problema do fundamento dos direitos humanos, aponta Gregorio Peces-Barba:

[...] Las características centrales de este modelo [jusnaturalismo moderno] son las siguientes:

- 1) Se trata de derechos del hombre en el estado de naturaleza y, consiguientemente, previos al Estado y al Derecho positivo.
- 2) Son producto de la razón, descubribles en la naturaleza humana, tienen un carácter abstracto, afectan al hombre genérico y al ciudadano y parten de la superioridad del Derecho Natural sobre el positivo.
- 3) Arrancan, generalmente, de posiciones contractualistas y son el objeto central del pacto social, en virtud del cual los ciudadanos

⁴⁹ A título exemplificativo, cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**, op. cit., p. 12 e ss.; BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**, op. cit., p. 1; MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*. in.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**, op. cit., p. 80; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Considerações sobre a tutela dos direitos da personalidade no código civil de 2002*. in.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**, op. cit., p. 104; BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005. p. 23; SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, op. cit., p. 139; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, op. cit., p. 143; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**: teoria geral do direito civil. v.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 121; PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Reonvar, 2002. p. 157.

⁵⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995; COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo*: un análisis metateórico. in.: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005; DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general, op. cit.; SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**, op. cit.

convienen en la formación del poder, cuyo objetivo principal será proteger y garantizar eficazmente esos derechos.

4) Por la posición que ocupan en el pacto, los derechos fundamentales se configuran como límites al poder político y, consiguientemente, pretenden asegurar la no interferencia de los poderes públicos en el ámbito de la autonomía de la voluntad, en la concepción negativa del Derecho, propia del pensamiento y del Estado liberal.

5) Sus contenidos son principalmente los derechos más vinculados a la propia persona, como los referentes a la vida, al pensamiento y a la conciencia, a una participación política limitada y a la seguridad jurídica.

6) Al deducirse de un sistema jurídico natural, previo y superior al positivo, son universales, inalienables, imprescriptibles, con lo que la evolución de la sociedad en la historia no es tenida en cuenta en su configuración.⁵¹

Uma primeira visão das características do jusnaturalismo apontadas Peces-Barba é suficiente para perceber a obfirmada conexão entre aquela corrente do pensamento jurídico e as teorias dos direitos de personalidade, mesmo aquelas cujos autores aderem expressamente ao positivismo jurídico. Essa ligação é especialmente evidente se se observa que as características dos direitos naturais, apontadas nas doutrinas jusnaturalistas e elencadas pelo autor espanhol no item 6 supracitado, são algumas das características comumente apresentadas pela doutrina para os direitos de personalidade: universalidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

Conforme se vem afirmando, contudo, a adoção de tais pressupostos enseja críticas relevantíssimas.

Em primeiro lugar, imaginar que direitos possam ter existência autônoma, a despeito de sua incorporação ao direito positivo, é ignorar a própria história da luta pelos direitos humanos, fundamentais e da personalidade. Nas palavras do próprio Peces-Barba, direitos naturais não positivados “no son propiamente derechos fundamentales; son expresión de un espíritu sin fuerza”⁵², fato que torna possível uma atuação ilimitada do Estado e dos órgãos de poder. Ainda segundo o autor espanhol, “Cuando los derechos

⁵¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general, op. cit., p. 42.

⁵² Idem, p. 43.

son ese espíritu sin fuerza, el poder puede seguir siendo una fuerza sin conciencia”.⁵³

Em outras palavras, pode-se dizer que:

El problema de la imposición [de condutas por meio do direito] surge porque la intelección de la corrección de una norma es algo diferente a su obediencia. Así, la opinión unánime sobre una norma como justa no tiene necesariamente como consecuencia su cumplimiento por parte de todos. Pero, si algunos pueden, sin más, violar una norma, entonces no puede exigirse su cumplimiento por parte de nadie. Por lo tanto, del hecho de que en el discurso puedan crearse intelecciones pero no siempre las correspondientes motivaciones, se sigue la necesidad de reglas dotadas de sanción y, con ello, la necesidad del derecho.⁵⁴

Além disso, a doutrina jusnaturalista parte do pressuposto racionalista de que existe uma essência humana eterna e imutável. Em outras palavras há, segundo essa concepção, a figura de um ser humano ideal, dotado de uma razão ideal e de outras características que são comuns a todos do gênero. Essas características são, por definição, ahistóricas e, portanto, imutáveis.

Se esse é um pressuposto da concepção jusnaturalista do direito, e se os direitos de personalidade são direitos naturais, como defende boa parte da doutrina, logo, os direitos de personalidade são imutáveis no tempo e no espaço. Isso significa que, em outras palavras, os direitos de personalidade são estáticos, não podendo se adaptar às mudanças ocorridas na sociedade. Isso é frontalmente colidente com as chamadas *teorias monistas* dos direitos de personalidade, que defendem a existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade, a partir da qual “os direitos de personalidade são tipos meramente enunciativos e seus limites residem nos contornos constitucionais e nos outros direitos de personalidade”⁵⁵ que, segundo entende essa corrente, “representam o resultado da evolução da sociedade nos tempos atuais”.⁵⁶ Os autores que fundamentam os direitos de personalidade no direito natural e, ao mesmo tempo, defendem a existência de uma cláusula geral de proteção e tutela da personalidade

⁵³ Idem, Ibidem. O autor chama a atenção para o fato de que os próprios jusnaturalistas modernos, a exemplo de Pufendorf e Burlamaqui, reconhecem a necessidade de reconhecimento, por parte do direito positivo, das normas oriundas do direito natural.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2.ed. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 150-151.

⁵⁵ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 26.

⁵⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**, op. cit., p. 26.

incorrem, portanto, em falácia.⁵⁷ Por outro lado, no contexto das *teorias pluralistas* dos direitos de personalidade, partindo-se da fundamentação jusnaturalista destes, ter-se-ia a impossibilidade lógica de inclusão de novos direitos no ordenamento jurídico, diante de sua conceitual imutabilidade.

A dificuldade em se construir um rol dos direitos de personalidade é outra dificuldade que se apresenta, em face de sua fundamentação como direito natural.⁵⁸

Seguindo a típica linha de raciocínio do jusnaturalismo moderno, se os direitos naturais caracterizam-se pela sua infalível presença na própria razão humana, que é igualmente presente em todos os seres humanos, é através da razão que todo homem pode conhecer esses direitos. Resta inexplicada, então, tanto no âmbito das teorias monistas quanto no das pluralistas, a divergência dos autores em relação a quais são esses direitos, o que pode levar ao próprio descrédito da concepção jusnaturalista dos direitos de personalidade.⁵⁹

Uma solução apresentada por Gregorio Peces-Barba para esse problema, é, partindo da distinção entre *conceito* e *fundamento*, compreender como direitos de personalidade aqueles que são como tal reconhecidos pelo ordenamento jurídico, adotando, assim, a perspectiva juspositivista, em sentido metodológico ou conceitual.⁶⁰

A adesão ao juspositivismo, contudo, não se dá no sentido de privilegiar unicamente o caráter formal da positivação dos direitos de personalidade, ou estar-se-ia incorrendo, segundo Peces-Barba, assim como no âmbito das teorias jusnaturalistas, em reducionismo. Nessa perspectiva, os direitos de personalidade são considerados, em sua

⁵⁷ No caso, a chamada falácia *non sequitur*, quando a conclusão não se sustenta ou contradiz as premissas. Cf. ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. v. 9. Londres: William Benton, 1966. p. 50-51. Verbete *Fallacy*.

⁵⁸ Essa dificuldade é apontada PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. , op. cit., p. 44-46, no que tange aos direitos fundamentais. Considerando-se tudo quanto vem sendo admitido até o momento neste trabalho, pode-se estender essa dificuldade aos direitos da personalidade, por analogia.

⁵⁹ De fato, questiona PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general, op. cit., p. 45: “Con una controversia tan grande, ¿podemos hablar de derechos naturales? ¿Cómo se puede aceptar una doctrina que predica unas teorías de objetividad y de racionalidad generalmente aceptadas cuando, en la práctica, la discrepancia es lo habitual?”

⁶⁰ Para uma exposição das diferenças entre o positivismo metodológico ou conceitual e o positivismo ideológico, Cf. BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito, op. cit. No mesmo sentido, cf. SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**, op. cit. Fazendo um paralelo entre o positivismo jurídico e o neoconstitucionalismo, ambos em sentido metodológico, teórico e ideológico, cf. COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo*: un análisis metateórico. in.: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, op. cit.

dimensão meta-jurídica, como *pretensões morais justificadas* que, como tal, refletem o momento histórico e fazem a conexão, através do Poder Político, com o direito positivo, seja por meio da lei, seja por meio do Poder Judiciário. Nas palavras de Peces-Barba:

Cuando esa moralidad, pudiendo incorporarse al Derecho positivo, no lo está en un momento histórico, estamos ante la moral crítica, ante pretensiones morales justificadas que constituyen la filosofía de los derechos humanos y que presiona, a través de los ciudadanos y de sus organizaciones, para que el Estado la asuma como formando parte de su Derecho positivo. Parcialmente también se puede incorporar a través de las decisiones de los jueces al interpretar temas de derechos humanos en zonas de textura abierta o de penumbra, aunque siempre desde el problema y no de forma sistemática.⁶¹

Também defendendo o valor histórico da dignidade humana e dos direitos de personalidade, Roxana Cardoso Brasileiro Borges argumenta:

A dignidade não é um dado objetivo, mas um conceito que só pode ser apreendido a partir de uma pessoa concretamente considerada. [...] O fato de o princípio da dignidade da pessoa humana representar uma conquista do homem torna-a ainda mais preciosa e mais merecedora de proteção do que se tivesse sido outorgada por uma razão divina ou natural. Exatamente por derivar de um momento histórico, de conjunturas jurídicas, políticas, filosóficas, culturais, econômicas e sociais localizadas e reais, é que o princípio da dignidade da pessoa humana ganha enorme valor para a nossa análise.⁶²

A partir de tal perspectiva, portanto, abre-se a possibilidade de construção de uma teoria dos direitos de personalidade que integre seu fundamento e conceito, de forma tal que se possa promover a expansão de seu exercício e tutela, esquivando-se, assim, dos riscos de se deparar com a *impotência de uma justiça sem força* ou com a *tiranía de uma força sem justiça*.⁶³

⁶¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general, op. cit., p. 105. Observe-se, mais uma vez, que o autor trata da questão relativa aos direitos humanos; entretanto, pelas razões já expostas ao longo deste trabalho, as mesmas conclusões são estendidas aos direitos da personalidade, pelo elo comum dos dois institutos com o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁶² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**, op. cit., p. 19. Note-se que, a despeito de referir-se a autora apenas à dignidade da pessoa humana, a analogia com os direitos da personalidade pode ser feita sem receio, uma vez que na obra citada, está dito que “os direitos da personalidade têm sua base no princípio da dignidade da pessoa humana” (p. 13), e que “O fundamento jurídico da contemporânea teoria dos direitos da personalidade é o princípio da dignidade da pessoa humana, contido no art. 1º, III, da Constituição Federal” (p. 14).

⁶³ O trocadilho é uma alusão a PASCAL *apud* PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general, op. cit., p. 104-105.

3. O TRATAMENTO DOUTRINÁRIO DA RELAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE

Muito se discutiu, e discute, a relação entre os direitos fundamentais e a legislação infraconstitucional, sobretudo a de direito privado.⁶⁴ A discussão, importante para uma *teoria dos direitos fundamentais*, assim como para uma *teoria do ordenamento jurídico*, permite diferentes abordagens: pode-se perquirir, por exemplo, se o legislador ordinário está autorizado a *criar* direitos fundamentais, ou se, ao contrário, estes direitos apenas podem ter sede constitucional;⁶⁵ pode-se questionar, também, se os direitos fundamentais vinculam ou não o legislador, em especial em matéria de direito civil,⁶⁶ e pode-se questionar, ainda, se os direitos fundamentais possuem eficácia horizontal nas relações interprivadas, ou se aplicam-se apenas às relações verticais entre o indivíduo e o Estado.⁶⁷ Todas essas questões possuem relevância para o presente trabalho, uma vez

⁶⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 7.ed. Madrid: Tecnos, 2001. p. 92 e ss.

⁶⁵ Essa discussão, em verdade, resulta da controvérsia sobre a possibilidade de definir os direitos fundamentais a partir de um conceito material; assim, os autores que admitem essa possibilidade, consideram possível a identificação de normas infraconstitucionais com *conteúdo* de direitos fundamentais, atribuindo-lhes o correspondente *status*. Por outro lado, os autores que somente admitem um conceito formal dos direitos fundamentais, rechaçam essa possibilidade, como o fazem DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47.

⁶⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 22-37. O autor critica a posição dos que defendem que o legislador civil não está vinculado aos direitos fundamentais, e sustenta, a partir de uma argumentação teleológico-axiológica baseada na Lei Fundamental alemã, que “os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado. Esta é hoje a opinião claramente dominante. Aqui os direitos fundamentais desempenham as suas funções ‘normais’, como proibições de intervenção e imperativos de tutela. Esta perspectiva deverá, também, coincidir substancialmente com a posição do Tribunal Constitucional Federal” (p. 36). Além da vinculação do *legislador* civil em face dos direitos fundamentais, o autor sustenta na obra citada a vinculação também do *aplicador* do direito e dos *sujeitos* jurídico-privados.

⁶⁷ Idem, p. 19-21. Segundo o autor, na Alemanha, a discussão sobre a “eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais” (*Drittwirkung der Grundrechte*), apesar de antiga, continua atual, em virtude, dentre outros fatores, de uma série de decisões “espetaculares” do Tribunal Constitucional Federal, que resultaram em uma “verdadeira inundação de publicações” (p. 19); PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**, op. cit., p. 94, afirma que “Es difícil resolver el problema de la incidencia en el derecho privado de los derechos sociales fundamentales en sentido uniforme, ya que depende de la técnica según la cual hayan sido formulados en cada sistema constitucional. En todo caso, en los sistemas en que se considere que los beneficiarios de los derechos sociales pueden asumir su titularidad, tales derechos funcionarán y deberán entenderse como auténticos derechos fundamentales y no como un mero reflejo normativo para las relaciones entre obligados y beneficiarios en el ámbito privado”. Assim, procurando analisar esse problema na perspectiva interna de cada ordenamento nacional, foram compilados diversos artigos em MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007. Desse trabalho, fazem parte, por exemplo: SARLET, Ingo Wolfgang. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro* (p. 111-144); PINTO, Paulo Mota. *A influência dos direitos*

que se pretende, aqui, identificar os direitos de personalidade como o resultado de normas de direitos fundamentais atribuídas, criadas pelo legislador ordinário, diretamente incidentes nas relações interprivadas.

3.1 TEORIAS QUE REJEITAM A CONEXÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE

Conforme se observou anteriormente, há autores que rejeitam a existência de direitos fundamentais de *status* infraconstitucional.⁶⁸ Assim, por exemplo, argumenta Ingo Wolfgang Sarlet que:

[...] cumpre aludir à problemática relativa à existência de direitos fundamentais com assento na legislação infraconstitucional. [...] O fato é que à legislação ordinária – e esta parece ser a interpretação mais razoável – cumpre o papel de concretizar e regulamentar os direitos fundamentais positivados na Constituição, tornando-os (em se cuidando de normas de cunho programático, isto é, de eficácia limitada) diretamente aplicáveis. Também a tradição (sem qualquer exceção) do nosso direito constitucional aponta para uma exclusão da legislação infraconstitucional como fonte de direitos materialmente fundamentais, até mesmo pelo fato de nunca ter havido qualquer referência à lei nos dispositivos que consagram a abertura de nosso catálogo de direitos, de tal sorte que nos posicionamos, em princípio, pela inadmissibilidade dessa espécie de direitos fundamentais em nossa ordem constitucional. Todavia, a despeito deste entendimento, não nos parece de todo desarrazoada uma interpretação de cunho extensivo que venha a admitir uma abertura do catálogo dos direitos fundamentais também para posições jurídicas reveladas, expressamente, antes pela legislação infraconstitucional, já que, por vezes, é ao legislador ordinário que se pode atribuir o pioneirismo de

fundamentais sobre o direito privado português (p. 145-164); UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español* (p. 165-212), e NEUNER, Jörg. *A influencia dos direitos fundamentais no direito privado alemão* (p. 213-236). Sobre essa discussão, conclui CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?* A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. in.: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 114.: “A ideia de *Drittwirkung* ou de *eficácia directa* dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada continua, de certo modo, o projecto da modernidade: modelar a sociedade civil segundo os valores da razão, *justiça*, *progresso* do Iluminismo. Este código de leitura – pergunta-se – não estará irremediavelmente comprometido pelas concepções *múltiplas* e *débeis* da pós-modernidade?” (grifos no original).

⁶⁸ Cf. nota de rodapé nº 64, *supra*.

recolher valores fundamentais para determinada sociedade e assegurá-los juridicamente, antes mesmo de uma constitucionalização.⁶⁹

Um tal posicionamento não é, contudo, infenso a críticas.

Em primeiro lugar, o argumento de que o direito infraconstitucional tem o papel de concretizar e regulamentar os direitos fundamentais positivados na Constituição parte do pressuposto, anunciado pelo próprio autor, de que há direitos fundamentais de eficácia limitada, ou seja, dependentes de regulamentação por normas infraconstitucionais para produzir efeitos. Essa afirmação colide frontalmente com o disposto no §1º, do art. 5º da Constituição Federal, que afirma que “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ao invés disso, as normas de direito infraconstitucional que regulamentam normas de direitos fundamentais expressos na Constituição são, na definição proposta por Robert Alexy, *normas de direitos fundamentais atribuídas*, que guardam com aquelas uma *relação de fundamentação*, uma vez que o conteúdo das normas de direitos fundamentais atribuídas encontra fundamento nas normas de direitos fundamentais expressamente previstas, e uma *relação de refinamento*, na medida em que tornam mais claros o sentido e o alcance das normas de direitos fundamentais nos diversos ramos do ordenamento jurídico.⁷⁰ Assim, pelo menos *in abstracto*, levando em consideração a existência de uma cláusula constitucional geral de proteção da dignidade da pessoa humana (no caso da Constituição Federal brasileira, insculpida no art. 5º, III) como *mandamento de otimização*⁷¹ imediatamente aplicável (CF, art. 5º, §1º) e aberta (CF, art. 5º, §2º, primeira parte), é possível conceber a criação de um direito fundamental atribuível ao princípio da dignidade da pessoa humana, por meio de uma norma infraconstitucional de direito fundamental atribuída.

Em segundo lugar, o argumento histórico, apesar de verdadeiro, tampouco pode ser decisivo para o rechaço à possibilidade de existência de direitos fundamentais assentados em legislação infraconstitucional. Do ponto de vista lógico, embora a história constitucional brasileira não tenha outorgado à legislação infraconstitucional a possibilidade de criação de direitos fundamentais, tem-se que “del hecho de que la

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 100-101.

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 72-73.

⁷¹ Idem, p. 90 e ss.

historia no ofrezca tales ejemplos no se deduce que no pudiera haberlos habido ni que no pueda haberlos en el futuro.”⁷² Além disso, não se pode esquecer, na esteira do que se observa nas Constituições ocidentais do pós Segunda Guerra, que a atual Constituição brasileira não representa, nos planos político, jurídico e moral, uma continuidade das ordens jurídicas anteriores, muito pelo contrário: a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, representa uma ruptura com os sistemas anteriores, e caracteriza-se precisamente por sua natureza democrática, a ponto de haver sido batizada por Ulysses Guimarães de “Constituição Cidadã”.⁷³ Uma tal carta constitucional, pródiga em direitos fundamentais formulados através de cláusulas gerais, não pode ser submetida à interpretação unicamente gramatical-literal, como sugere Sarlet; o método interpretativo gramatical-literal, bem como o histórico e o sistemático, nos moldes da hermenêutica jurídica contemporânea, devem ser empregados sob os auspícios do método teleológico-axiológico.⁷⁴

Um argumento mais contundente é apresentado por Dimoulis e Martins, que afirmam que:

[...] não pode ser considerado como fundamental um direito criado pelo legislador ordinário, mas passível de revogação na primeira mudança da maioria parlamentar, por mais relevante e “fundamental” que seja seu conteúdo. Os direitos fundamentais são definidos com base em sua força formal, decorrente da maneira de sua positivação,

⁷² GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. *Acerca Del valor moral de la seguridad jurídica*. in.: **Doxa**: quadernos de filosofia del derecho, n. 26, 2003. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15795>>. Acesso em: 07 jul. 2008. p. 497.

⁷³ Interessante observar que o próprio autor, no mesmo trabalho, reconhece o caráter inovador da Constituição Federal de 1988: “Traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional.” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 73.

⁷⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 76-78. Completa o autor alemão: “[...] na descoberta do sistema teleológico, não se pode ficar pelas ‘decisões de conflitos’ e dos valores *singulares*, antes se devendo avançar até aos valores *fundamentais* mais profundos, portanto até aos *princípios gerais* duma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante. [...] O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à características dos princípios gerais.” [grifos no original]

deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos.⁷⁵

Os aludidos autores reconhecem, não obstante, que:

A definição dos direitos fundamentais com referência exclusiva a normas constitucionais, como é feito aqui, não é aceita por todos os doutrinadores. Há autores que sustentam que os princípios da moral e da razoabilidade determinam em larga medida a existência e o exercício dos direitos fundamentais.⁷⁶

Esse argumento é consistente, e o presente trabalho deve acatá-lo, por uma questão de coerência. A questão que se deve verificar é a de se esse argumento invalida uma argumentação dogmática hermeneuticamente construída à luz do ordenamento jurídico positivo brasileiro atual.

O rechaço à ideia de fundamentalidade material dos direitos fundamentais é uma decorrência metodológica da adoção do positivismo jurídico que, partindo da tese da não-vinculação conceitual necessária entre direito e moral, procura conceituar o direito a partir de seus caracteres formais, diante da inexistência de qualquer critério material objetivo.⁷⁷ Assim, nessa perspectiva, os direitos fundamentais não podem ser definidos a partir de seu conteúdo, pois essa análise pressupõe uma valoração moral, violando, pois, o pressuposto da não-vinculação conceitual necessária entre direito e moral. Como o presente trabalho parte também da perspectiva juspositivista, espousa esse entendimento. Deve-se, contudo, observar que esse pressuposto não invalida a tese aqui defendida.

A afirmação segundo a qual os direitos fundamentais não podem ser identificados a partir de seu conteúdo, mas a partir de sua localização topográfica no ordenamento jurídico, é formulada por Dimoulis e Martins no âmbito de uma *teoria “geral” dos direitos fundamentais*. O próprio Dimoulis, em trabalho dedicado ao estudo do positivismo jurídico, rechaça o emprego do termo “geral” na teoria do direito:

Para preservar o termo “geral” deveríamos atribuir características de generalidade à parte da teoria do direito que se dedica ao estudo de questões fundamentais, tais como a definição do direito e os métodos de interpretação, estabelecendo uma distinção entre a parte geral da teoria do direito e as subdisciplinas que se dedicam a temas

⁷⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 47.

⁷⁶ Idem, p. 51.

⁷⁷ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 185.

específicos, como a lógica e a informática jurídica. Essa proposta não nos parece adequada, pois não é possível medir o grau de generalidade de cada campo de estudo. Trata-se simplesmente de diferentes abordagens do fenômeno jurídico.⁷⁸

Sobre a generalidade da teoria dos direitos fundamentais, argumenta Alexy:

[...] É natural orientar-se, de início, por aquilo que de fato é praticado como Ciência do Direito e designado como “dogmática jurídica” ou “ciência jurídica”, ou seja, pela Ciência do Direito em sentido estrito e próprio. Se isso é feito, é possível distinguir três dimensões da dogmática jurídica: uma analítica, uma empírica e uma normativa.

De forma resumida, a dimensão *analítica* diz respeito à dissecação sistemático-conceitual do direito vigente. [...] A dimensão *empírica* da dogmática jurídica pode ser compreendida a partir de dois pontos de vista: primeiro, em relação à cognição do direito positivo válido e, segundo, em relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica [...]. A terceira dimensão, a dimensão *normativa*, [...] diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial.⁷⁹

Assim, deve-se ressaltar que o presente trabalho não se desenvolve no âmbito de uma teoria “geral” dos direitos de personalidade, tanto menos dos direitos fundamentais. A pesquisa aqui realizada diz respeito à dogmática dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade no contexto do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, ou seja, o objeto de estudo está delimitado tanto no espaço, quanto no tempo.⁸⁰

Considerando, diante desses esclarecimentos, o disposto na parte inicial do art. 5º, §2º da Constituição Federal brasileira vigente, segundo a qual “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem *outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (grifou-se), se somente fosse possível a adoção de novos direitos fundamentais por meio de sua expressa inclusão na Constituição, como uma possível interpretação literal (por ela *adotados*) poderia sugerir, o texto destacado seria semanticamente inútil, donde se pode concluir pela possibilidade de criação de direitos fundamentais pelo legislador ordinário, desde que materialmente atribuídos às

⁷⁸ Idem, p. 23-24.

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 33-35.

⁸⁰ A mesma ressalva é feita por ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 31-39, que delimita sua análise ao sistema jurídico alemão vigente.

normas de direitos fundamentais expressas na Constituição. Nesse sentido, a atribuição se dá *argumentativamente*.⁸¹

Os argumentos apresentados rechaçam a possibilidade de existência de direitos fundamentais criados por meio de legislação infraconstitucional, de uma forma geral. Especificamente no tocante aos direitos de personalidade, Giorgio Pino aponta algumas razões que desaconselham a identificação dos direitos de personalidade aos direitos humanos e aos direitos fundamentais:

a) presuppone una tesi che deve essere in realtà dimostrata, quella della rilevanza costituzionale dei (singoli) diritti della personalità; b) attrae nell'area dei diritti della personalità l'intera problematica delle libertà costituzionali (politiche e civili) o finanche dei diritti sociali, determinando così una categoria ipertrofica ed estremamente eterogenea, anche sotto il profilo della disciplina costituzionale; c) è idonea ad ingenerare confusioni ed equivoci fra livelli diversi del discorso delle fonti, come pare di scorgere nel caso di chi ha sostenuto che l'art. 2 Cost. si presta ad essere interpretato nel senso di riconoscere una pluralità di diritti della personalità (interpretazione pluralista) ovvero l'esistenza di un unico diritto della personalità (interpretazione monista), laddove invece, come si vedrà tra breve, teoria monista e pluralista non riguardano – o quantomeno non riguardano direttamente, né necessariamente – l'interpretazione dell'art. 2 Cost.⁸²

O argumento articulado sob “a” é procedente; de fato, aquele que pretende atribuir ao direito criado por uma norma de direito civil o *status* de direito fundamental, deve arcar com o ônus da argumentação.⁸³ Isso não impossibilita, contudo, que, presente tal argumentação, uma norma de direito civil que verse sobre direitos de personalidade seja considerada uma norma de direito fundamental atribuída. O argumento presente sob “b”, embora também seja procedente, não pode servir de óbice ao reconhecimento da fundamentalidade dos direitos de personalidade. Afirmar-se que os direitos de personalidade não podem ser reconhecidos como direitos fundamentais porque isso tornaria ainda mais heterogêneos e complexos os direitos fundamentais com sede constitucional seria uma inaceitável recusa ao mandamento expresso pelo princípio da dignidade da pessoa humana, sob o manto da *simplificação metodológica* do catálogo

⁸¹ Idem, p. 74.

⁸² PINO, Giorgio. *Teorie e dottrine dei diritti della personalità: uno studio di meta-giurisprudenza analitica*. in.: CASTIGONE, Massimo (org.). **Materiali per una storia della cultura giuridica**. n. 1. jun. 2003. Genova: Mulino, 2003. p. 8.

⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 74.

dos direitos fundamentais. O argumento apresentado sob “c” somente é procedente, se a exigência presente no argumento apresentado sob “a” não houver sido atendida. Se um direito da personalidade é cabalmente reconhecido por meio de uma argumentação robusta e fundamentada em um direito fundamental, não há porque recear a ocorrência de confusões e equívocos entre níveis normativos diferentes.

Também se posicionando contrariamente ao reconhecimento da fundamentalidade dos direitos de personalidade, em passagem confusa e inconsistente, afirma Silvio Romero Beltrão:

Apesar de a maioria dos preceitos relativos ao direito da personalidade ser tratada como direitos e garantias fundamentais, há entre eles distinções, pois os direitos da personalidade exprimem aspectos que não podem deixar de ser conhecidos sem afetar a própria personalidade humana, enquanto que os direitos fundamentais demarcam em particular a situação do cidadão perante o Estado, com a preocupação básica da estruturação constitucional.

Os princípios do Direito Civil são em regra princípios constitucionais, pois, por serem comuns, podem ou não ter assento na Constituição. Por isso é que se diz que muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade.⁸⁴

O primeiro argumento remete à discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e sugere que o autor não admite essa hipótese, posição bastante difícil de sustentar diante do atual estágio doutrinário. O segundo argumento, como se disse, é confuso e falacioso, não ficando muito claro o que pretende o autor afirmar. Do fato de nem todos os direitos fundamentais serem direitos de personalidade não se segue logicamente que os direitos de personalidade não possam ser direitos fundamentais; ademais, o argumento é contraditório: se ele mesmo sustenta que direitos fundamentais e direitos de personalidade são coisas distintas, como pode afirmar que “muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade”?

⁸⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005. p. 47.

3.2 TEORIAS QUE CONSIDERAM OS DIREITOS DE PERSONALIDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao contrário do exposto no item anterior, há autores que vislumbram uma ligação direta entre direitos de personalidade e direitos fundamentais, em especial sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Carlos Alberto Bittar observa que os direitos de personalidade ganharam sagração legislativa, primeiramente, no âmbito público, no campo do direito penal e, modernamente, no campo do direito constitucional.⁸⁵ Depois de sua positivação no direito civil, em momento posterior ao das primeiras codificações, atenta o autor para o fato de que se manteve a dicotomia de tratamento dos direitos de personalidade entre direito constitucional e privado. Nesse sentido,

Divisam-se, assim, de um lado, os “direitos do homem” ou “direitos fundamentais” da pessoa natural, como objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado. Incluem-se, nessa categoria, normalmente, os direitos: à vida; à integridade física; às partes do corpo; à liberdade; o direito de ação.

De outro lado, consideram-se “direitos da personalidade” os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens. Inserem-se, nesse passo, geralmente, os direitos: à honra; ao nome; à própria imagem; à liberdade de manifestação de pensamento; à liberdade de consciência e de religião; à reserva sobre a própria intimidade; ao segredo; e o direito moral de autor, a par de outros.⁸⁶

Donde conclui, “Por direitos do homem, ou da personalidade, devem entender-se aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição.”⁸⁷

No mesmo sentido, reconhecendo a fundamentalidade dos direitos de personalidade, em face do princípio da dignidade da pessoa humana, argumenta Szaniawski:

[...] O princípio da dignidade da pessoa humana como princípio matriz, gerador de outros direitos fundamentais, ao atuar possui eficácia vinculante em relação ao próprio poder público e seus órgãos e em relação aos particulares, podendo, inclusive, trazer limitações às liberdades públicas. Da mesma maneira, o direito geral de personalidade, como princípio fundamental, construído a partir da noção de dignidade da pessoa humana, ao atuar, poderá trazer

⁸⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 18-19.

⁸⁶ Idem, p. 22-23.

⁸⁷ Idem, p. 23.

limitações às liberdades públicas. Estas, em princípio, não poderão impor limitações ao direito geral de personalidade. [...] Deste modo, funciona e atua o princípio da dignidade da pessoa como uma cláusula geral de tutela da personalidade do ser humano, tutelando-a em todas as suas dimensões.⁸⁸

Sob o mesmo argumento, sustenta Cláudio Ari Mello:

Portanto, há uma interdependência entre a idéia de dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos individuais fundamentais que se articula ao nível constitucional desde o início da história do Estado de Direito, muito embora essa relação só se tenha explicitado definitivamente na segunda metade do século XX. E na mesma medida há uma linha de confluência entre a proteção de direitos individuais fundamentais e personalidade humana, porquanto os aspectos centrais da subjetividade do homem foram sempre o objeto preferencial dos direitos fundamentais. De fato, os direitos de tutela da vida, da integridade física, da liberdade, privacidade, contra tratamentos discriminatórios ou cruéis são instrumentos jurídico-políticos de proteção de bens diretamente vinculados à felicidade, ao bem-estar e à dignidade humana, e cada um deles reserva atributos inerentes à personalidade humana.

Por conseguinte, os direitos de personalidade têm sua gênese histórica, enquanto instrumentos jurídicos de proteção de aspectos da subjetividade humana, na categoria de direitos fundamentais individuais, que originalmente eram direitos atribuídos a indivíduos contra o Estado, destinados a preservá-los do uso arbitrário e abusivo do poder político. Seu espaço existencial era o direito público, não o direito privado.⁸⁹

Esses exemplos permitem observar que os direitos de personalidade podem ser fundamentados argumentativamente no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, correspondendo, assim, a extensões, nas relações interprivadas, deste princípio. As normas de direitos de personalidade são, assim, normas de direitos fundamentais atribuídas, em sentido alexyano.⁹⁰

3.3 NORMAS DE DIREITOS DE PERSONALIDADE COMO NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRIBUÍDAS: POSSÍVEIS DESDOBRAMENTOS

A consideração das normas instituidoras de direitos de personalidade como normas de direitos fundamentais atribuídas, se aceita, aproxima a teoria dos direitos de

⁸⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: RT, 2005. p. 143.

⁸⁹ MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*. in.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo código civil e a constituição**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 77.

⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 74.

personalidade da teoria dos direitos fundamentais. Uma tal aproximação é promissora para a definição e delimitação dos direitos de personalidade em espécie, mas isso requer uma série de estudos específicos, que analise cada um dos direitos de personalidade em espécie e a repercussão da teoria dos direitos fundamentais sobre eles. Como o estudo dos direitos de personalidade em espécie foge ao objeto do presente trabalho, procurar-se-á apontar, apenas, alguns possíveis desdobramentos da consideração da fundamentalidade dos direitos de personalidade.

3.3.1 Direitos fundamentais de personalidade e sopesamento

Se se aceita que os direitos de personalidade são direitos fundamentais, enunciados através de normas de direitos fundamentais atribuídas, então essas normas também podem ser classificadas, assim como as normas de direitos fundamentais diretamente expressas pela Constituição, em *regras* e *princípios*.⁹¹ Haveria, assim, normas de direitos de personalidade enunciadas por meio de regras e normas de direitos de personalidade enunciadas por meio de princípios. Isso significa que direitos de personalidade enunciados através de princípios podem colidir entre si, ou com outros direitos fundamentais, caso que deverá ser solucionado pelo intérprete através do sopesamento dos princípios colidentes.⁹²

Essa constatação, a despeito de sua obviedade, explicita uma questão pouco aventada: se os direitos de personalidade enunciados por meio de princípios podem, ao colidir com outros direitos de personalidade, ser superados após o sopesamento, como pode a doutrina, ao apontar as características dos direitos de personalidade, considerá-los *absolutos*?⁹³

⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 90-91, explica que “Princípios são [...] *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...] Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. [...] Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.”

⁹² Idem, p. 91-103.

⁹³ Consideram os direitos da personalidade como direitos absolutos, dentre outros, MATTIA, Fábio Maria de. *Direitos da personalidade II*. in.: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 28. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 155-156; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v.1. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 151-153; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva,

3.3.2 As restrições a direitos fundamentais de personalidade

A discussão tende a tornar-se mais problemática no tocante às restrições aos direitos de personalidade, se considerados direitos fundamentais. Isso porque, partindo-se de uma teoria ampla sobre o suporte fático desses direitos, o âmbito de proteção dos mesmos seria *prima facie* ilimitado, e as eventuais restrições somente poderiam ser impostas mediante a apresentação de razões suficientemente relevantes, acompanhadas, portanto, do ônus da argumentação.⁹⁴ Isso traz à baila, por exemplo, o problema da disponibilidade dos direitos de personalidade e sua restrição, tema que foi objeto de pesquisa de Roxana Cardoso Brasileiro Borges.⁹⁵

Analisando a função do direito no que concerne aos direitos de personalidade, entende Roxana Borges que uma norma jurídica nesse campo se justifica se (1) visar a materializar o mínimo existencial da pessoa ou (2) estabelecer sanções (penas ou reparações) às lesões contra terceiros ou (3) instrumentalizar o exercício da liberdade pessoal, conforme os fins desejados pelos próprios indivíduos, ou seja, permitir o exercício positivo dos direitos de personalidade. Assim, se no exercício desses direitos, determinada atividade não for lesiva a direitos de terceiros, cabe ao direito (a) simplesmente tolerá-la ou permiti-la (não a proibir), considerando-a irrelevante juridicamente ou simplesmente lícita ou (b) regulamentá-la, instrumentalizando os interesses individuais das pessoas. A autora defende, portanto, que somente essa concepção individualista do direito, consubstanciada na autonomia privada, é capaz de possibilitar o exercício positivo dos direitos de personalidade. Assim, o simples argumento moral não pode ser suficiente para permitir a intervenção do aparato jurídico ou judiciário na esfera privada de alguém, em sua intimidade, em sua privacidade, em suas opções de vida, assim como os importantes argumentos da solidariedade e da

2005. p. 122; GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 152; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 41.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 98; TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 33-34.

⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 340. No mesmo sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 126-182.

⁹⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

sociabilidade não justificam a funcionalização de tais direitos.⁹⁶ Debruçando-se sobre a identificação dos bens disponíveis e dos bens indisponíveis, a autora observa que a doutrina não oferece critérios seguros, o que reforça sua hipótese de que, diante do reconhecimento da existência de uma esfera privada na vida da pessoa, em que não cabe ao Estado nem à sociedade interferir, os direitos de personalidade, bem como os bens que interessam à vivência dessa esfera privada devem ser disponíveis, o que reforça também sua defesa da relativa manutenção da distinção entre direito público e direito privado no âmbito dos direitos de personalidade.⁹⁷

Analisando criticamente os fatores comumente apresentados como limitadores dos direitos de personalidade, aduz a autora que, em sentido amplo, a *lei*, enquanto limite à disponibilidade dos direitos de personalidade, engloba as normas presentes na Constituição Federal. Nesse sentido, observa que a Constituição, mais do que limitar, busca maximizar a disponibilidade dos direitos de personalidade, enquanto extensão da dignidade da pessoa humana. Descendo à regulação legal infraconstitucional, a autora observa que, no direito civil, os limites relacionam-se ao conteúdo do negócio jurídico que tenha por objeto direitos ou aspectos da personalidade. Acrescenta que a mera *ilicitude* de uma conduta não é fator determinante, pois antes deve-se averiguar a respeito da constitucionalidade da lei em questão. A *ordem pública* é, segundo a autora, aspecto de fundamental importância para a preservação da vida em sociedade, representando uma das principais funções do próprio direito enquanto forma de organização social. Nesse sentido, entende Roxana Borges que representa um limite à disponibilidade dos direitos de personalidade superior à própria lei. Já em relação à *moral* e aos *bons costumes* representarem limites aos direitos de personalidade, a autora é cética. A moral não é, segundo ela, concebida objetivamente, de tal forma que o sistema jurídico deve ser distinguido do sistema moral para fins de limitação de direitos de personalidade.⁹⁸

Percebe-se, assim, que o argumento aqui apresentado se coaduna com a tese esposada pela referida autora: no que tange ao exercício positivo dos direitos de personalidade, a regra é a liberdade, e sua restrição, a exceção. De fato, em se admitindo a

⁹⁶ Idem, p. 103-111.

⁹⁷ Idem, p. 132-134.

⁹⁸ Idem, p. 134-138.

fundamentalidade dos direitos de personalidade, restrições ao seu exercício somente podem ser feitas mediante o sopesamento do direito em questão, e das razões para sua restrição.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou definir os direitos de personalidade como direitos fundamentais, garantidos por meio de normas de direitos fundamentais atribuídas.

Em tal intento, identificou as dificuldades conceituais relativas tanto aos direitos fundamentais quanto aos direitos de personalidade, concluindo que essas dificuldades têm origem comum na própria natureza do bem jurídico a ser tutelado: a dignidade da pessoa humana. Apresentou, em seguida, a classificação dos direitos fundamentais em dimensões e a posição do indivíduo diante do Estado, em face desses direitos, segundo a teoria dos *status* de Jellinek.

Apresentou, então, um conceito formal de direitos fundamentais, que os identifica a partir de sua localização no ordenamento jurídico, ou seja, em sede constitucional, seguida de algumas tentativas de conceituação material, a partir de seu conteúdo, com o intuito de buscar elementos que permitissem a identificação de direitos fundamentais criados por meio de normas de direitos fundamentais atribuídas.

Em seguida, procurou enfrentar o problema do fundamento dos direitos de personalidade, identificando-os com o direito positivo e diferenciando-os de pretensões morais, ainda que justificadas.

Analizou os argumentos contrários ao reconhecimento da fundamentalidade dos direitos de personalidade, procurando refutá-los, para em seguida apresentar os argumentos favoráveis a esse reconhecimento, conduzidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Considerou, então, alguns possíveis desdobramentos do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos de personalidade para sua teorização e tutela, principalmente no tocante ao sopesamento de direitos de personalidade colidentes, e na necessidade apresentação de razões argumentativas suficientes para sua restrição.

Assim, diante de todos os elementos apresentados e das análises feitas, conclui-se que os direitos de personalidade são direitos fundamentais assegurados em sede infraconstitucional, através de normas de direitos fundamentais atribuídas, cujo amplo suporte fático assegura um âmbito de proteção *prima facie* ilimitado, devendo excepcionais restrições ser fundamentadas por razões suficientemente relevantes, capazes de, no sopesamento dos princípios colidentes, ter precedência sobre o direito a ser restringido.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2.ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Considerações sobre a tutela dos direitos da personalidade no código civil de 2002*. in.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: RT, 2008.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **A era dos direitos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Novo código civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2.ed. Brasília: Senado Federal, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

_____. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. in.: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVER, Charles S.; SCHEIER, Michael F. **Perspectives on personality**. Boston: Allyn and Bacon, 2000.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. in.: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os direitos da personalidade*. In.: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Limites ao poder do estado (ensaio de determinação do direito na perspectiva dos direitos fundamentais)*. in.: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**: teoria geral do direito civil. v.1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no código civil*. In.: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v.1. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. *Acerca Del valor moral de la seguridad jurídica*. in.: **Doxa**: quadernos de filosofia del derecho, n. 26, 2003. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15795>>. Acesso em: 07 jul. 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. in.: **Revista de Informação Legislativa**. a. 36. n. 141. Brasília: jan/mar. 1999.

MATTIA, Fábio Maria de. *Direitos da personalidade II*. in.: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 28. São Paulo: Saraiva, 1977.

MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*. in.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo código civil e a constituição**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (org.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 41.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 7.ed. Madrid: Tecnos, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Rio de Janeiro: Reonvar, 2002.

PINO, Giorgio. *Teorie e dottrine dei diritti della personalità: uno studio di meta-giurisprudenza analitica*. in.: CASTIGONE, Massimo (org.). **Materiali per una storia della cultura giuridica**. n. 1. jun. 2003. Genova: Mulino, 2003.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Astrea, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SGARBI, Adrian. **Teoria do direito: primeiras lições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: RT, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.